✠

POR

DON FRANCISCO DE MESA, Y DON Francisco de Eguiluz Herencia, marido de Doña Mariana de Mesa.

CON

D. Maria Sande y Mesa, hija, y heredera del Doctor Francisco de Sande, y de Doña Ana de Mesa.

En respuesta de su informacion principal, y replica, en lo tocante a la suplicacion de D. Francisco de Eguiluz, y Doña Mariana de Mesa, sobre la partida de ocho mil ducados.

1 EN la primera informacion se fundò el derecho de Don Francisco de Mesa, principal interessado, y immediato sucessor despues de los dias de Doña Maria Sande en el mayorazgo que fundaron el Doctor Sande, y D. Ana de Mesa, en que se hizo euidencia, que obsta a doña Maria Sande cosa juzgada en las partidas de 24U. pesos, y en la de 4U. ducados, en que se compusieron los cargos de la visita, y en la de la donacion q̃ hizo el Doctor Sande a D. Francisca, y a doña Maria, sus hijas; y en la de los 9U. ducados del funeral, y en la de 14U37. ducados por la mitad de las legitimas de D. Ana de Mesa: por lo qual parecio ocioso, y ageno de lo q̃ aora se ha de determinar boluer a tratar de la justificacion de la pretension destas partes, en estas partidas: porque auiendo precedido la sentencia, que pronunciò el señor don Gregorio de Mendiçaual, siendo Alcalde: por la qual absoluio à ambas partes de las pretensiones que tenian la vna contra la otra, y confirmadose en esta parte absolutamente en el Consejo, frustra agendum videbatur de reuocatione prædictæ sententiæ, boluiendo a suscitar lo que ya està juzgado por la dicha executoria, *aontra text. in l. 20. tit. 4. lib. 2. Recopil.*

2 Sin que obste lo que aora se pretende fundar, que no ay cosa juzgada, porq̃ con la declaracion que hizo el señor D. Gregorio, no huuo pronunciamiento, en quanto a las dichas partidas, y vino a ser sentencia de vista la del Consejo.

3 Porque en la sentencia, y executoria no se hizo caso de la declaracion, porq̃ la sentencia del señor Don Gregorio, en que declarò por bienes de mayorazgo los que dexò el Doctor Francisco Sande, y por libres los de D. Ana de Mesa, y absoluio a las partes de lo que cada vna pretendia contra la otra, fue clara, y no necessitaua de ninguna declaracion, ni se podia pedir, que se hiziesse, sino en caso que estuuieran equiuocas, obscuras, ò dudosas las palabras della, como lo determinò la *l. 3.*

tit. 33 *p.*6.ibi:*Otro si dezimos, que si en la sentencia ay algunas palabras dudosas, è obscuramēte puestas, que la tal sentencia, que fuere dada por el judgador ordinario que el mismo quandoquier puede espalandinar, è declarar aquellas palabras dudosas*, ea nempe ratione: nam declaratio est illa, quæ fit de re dubia, *l. hæredes palam,* §. *si quid post,* & §. *sed si notam, ff. de testam.* Surd. *conf.* 179. *num.* 47. & *conf.* 380. *num.* 50. & 51. *lib.* 3. Casan. *conf.* 17. *num.* 26. & *conf.* 50. *num.* 23. & *conf.* 53. *num.* 56. Thusc. *pract. tom.* 2. *lit.* D. *conclus.* 80. vbi concludit: *Quòd declaratio tantum habet locum in casu dubio, & non valet, si fiat in casu claro*; y dan la razon estos Autores: *Quia quando fit in casu dubio, videtur inesse à principio primæ dispositionis; sed si fit de re non dubia, non est declaratio, sed noua dispositio*, vt tenent Paris. *conf.* 65. *n.* 5. & 6. *vol.* 1. Ruin. *conf.* 76. *num.* 7. *lib.* 5. Ant. Gabr. *comm. opin. conclus.* 3. *num.* 25. ibi: *Quarto limita, vt conclusio procedat, quando verba sunt dubia: secus verò quando sunt clara, & prosequitur num.* 63. & 66. Oldrald. *conf.* 263. *num.* 7. ibi: *Non ergo opus fuit in declaratione de tēpore facere mentionem, cū n per declarationem agatur, vt id dumtaxat quod ambiguum est tollatur, non vt certum, & non ambiguum calificetur*, Tiraquel. *in l. si vnquam, verb. libertis, nū.* 12. *C. de reuoc. don.* Dec. *conf.* 84. *num.* 50. *lib.* 1.

4 Y este requisito no concurrio en la declaracion que pidio doña Maria Sande, porque la sentencia del señor don Gregorio, como està ponderado, fue clara, y sin equiuocacion de palabras, ni auer duda en la inteligencia dellas, diziendo: *Que declaraua, y declarò por aora, y hasta que conste de otra disposicion del Doctor Francisco Sande, todos sus bienes, de que dispuso en las escrituras presentadas en este pleyto, por de vinculo, y mayorazgo perpetuo, y que como tales se han de deferir, y se defirieron a quien conforme a derecho deuiere suceder en ellos, muriendo sin descendientes D. Maria Sande, y todos los bienes, que pertenecieron, y tocaron a doña Ana de Mesa en qualquier manera por libres, y no sugetos a restitucion de vinculo, y mayorazgo; y que como de tales pudo disponer dellos en vida, y en muerte la dicha doña Maria, como su hija vnica, y heredera vniuersal, absoluiendola de todo lo demas pedido por don Don Francisco de Mesa, y consortes, y a ellos de todo lo pedido, y deducido en este pleyto por la dicha D. Maria Sande*; q̃ no puedē ser palabras mas claras, y absolutas, assi en quāto a los bienes, que se pretendia ser de mayorazgo, como en quanto estar absueltas las partes de las demas pretensiones, sin que pudiessen producir otro efecto, ni dexar de obrar en todo lo que se percibe dellas, *l. si inter me. & te, ff. de except. rei iud.* Andr. Gail. *obseru.* 114. *lib.* 1. Peguer. *decis.* 359. & cum pluribus Salgad. *de Reg. protect.* 4. *part. cap.* 1. *à num.* 68. *vsque ad* 102.

Tambien es requisito necessario, para que sea valida, y tenga fuerça la declaracion, que no se añada, ni quite nada de lo que contiene la sentencia, ni en la calidad, ni en la sustancia: quia quando aliquid additur, vel minuitur, non dicitur declaratio, sed noua dispositio, *cap. cum dilecti, de accusat.* ibi: *Non vt perimat, sed vt exponat*, *l.* 1. *in fin. C. de liber. præterit. l. final. ff. de legib.* Bald. *in Margarit. ad Decretales in d. cap. cum dilecti, verb. interpretatio*, y en terminos de sentencia, lo resoluieron Menoch. *conf.* 110. *num.* 12. & 59. Oldrad. *conf.* 318. *num.* 9. ibi: *Ad articulos datos sub declarationis prætextu respondetur, quòd non procedad, quia non declarant, sed de nouo dant nouum factum, quod non est de natura declarationis, cuius effectus est, verbum obscurum clarius explicare*, Mier. *de maior.* 2. *p. q.* 44. *num.* 62. Burg. de Paz *in procem. legum Tauri, num.* 448. ibi: *Quòd si prætextu declarationis, seu interpretationis aliquando fiat expositio, in qua id, quod non est in sententia, additur, aut supletur; tunc non est declarationem, sed potius correctionem inducere.*

5 Que es el mismo caso que sucedio en la declaracion que hizo el señor don Gregorio, en la qual auiendo absuelto a las partes de las dichas pretensiones declarò en quanto a ellas todo lo contrario de lo que auia pronunciado, diziendo: *Que no se auian incluido en su sentencia: siendo assi, que la absolutoria fue clara, y especifica*, hablando de las dichas partidas, con que vino a ser la declaracion nueua disposicion, que no

pu-

pudo hazer el señor don Gregorio, ni obrar efecto alguno, vt concludit Mascard. *conclus.*124.*num.*29. Onded. *cons.*9.*num.*6.*& cons.*11.*num.*62. Burg. de Paz *in d. proœm. ll. Tauri, num.*438.*&* 439. Rota apud Seraphin. *decis.*262.*num.*1.*cum seqq.*

6 Otro requisito essencial de la declaracion, es, que se haga incontinenti el mismo dia en que se pronuncio la sentencia, *l. Paulus* 42.*ff. de re iudic.* que decide, y determina las dudas deste punto, ait *Consultus, Paulus respondit, rescindere quidem sententiam suam præcedentem Prætorem non posse, reliqua autem, quæ ad consequentiam quidem iam statutorum pertinent, priori tamen sententiæ desunt circa condemnandum reum, vel absoluendum debere, supplere, scilicet eodem die*: y lo mismo determinaron el *cap. in litteris, de offic. & potest. iudic. Delegat. cap. venerabilis, eod. tit. cap. si compromissarius, §. si vero, de elect. in* 6.

7 Y auiendose hecho la declaracion tantos dias despues de pronunciada la sentencia, carece de todo fundamento, el pretender fundar, que la sentencia del Consejo, que confirmò la del señor don Gregorio, fue primera sentencia, diziendo, que por la declaracion se reuocò todo lo que auia pronunciado, en quanto a las dichas partidas.

8 Y es digno de aduertencia para este punto, que de la dicha declaracion, tal qual fue, interpusieron apelacion don Francisco de Mesa, y don Francisco de Eguiluz, y primero la auia interpuesto, quando se les notificò la peticion de D. Maria Sande, en que pidio ante el señor don Gregorio, que declarasse la dicha sentencia, y protestaron la nulidad, y sobre todo cayò la sentencia del Consejo en que se confirmò la del señor D. Gregorio, en que absoluio a ambas partes de las dichas pretensiones.

9 Sin que obste lo que en contrario se pretende fundar, diziendo que esta excepcion està vencida con los autos de vista, y revista del Consejo, en q̃ auiendose opuesto, se mandò, que don Francisco de Eguiluz, y Francisco de Mesa, respondiessen derechamente.

10 A que se responde. Lo primero, que por los mismos autos ay cosa juzgada para poderse oponer aora en fuerça de pereptoria la excepcion de cosa juzgada, que antes de pronunciarse se opuso en fuerça de dilatoria, diziendose en ellos, que el mandarlos responder, fuesse sin perjuizio de sus excipciones, *mem. nu.*150. que es lo q̃ ordinariamente suele hazer el Consejo, para no embaraçarse en el articulo de la excepcion de cosa juzgada; mayormente en este caso, en que està suplicado por ambas partes en la partida de los 8U.ds. de la dote de D. Mariana de Mesa en que solo consiste lo que se ha de determinar en esta instancia.

11 Lo segundo, que quando no se pusiera esta reserua en el auto del Consejo, por disposicion de derecho, la excepcion que se opuso en fuerça de dilatoria, auiendo mandado responder, se puede oponer en fuerça de peremptoria, para que con mas conocimiento de causa se determine, que obsta excepcion de cosa juzgada, Bart. *in l.*1.*&* 2.*ff. de iur. iur.* Bald. *in l. postquam liti, C. de pact.* Surd. *cons.*312. *n.*8.*lib.*3. Ciriac. *lib.*2.*controuers.*318.*nu.*34. Y en estos terminos dixo Bart. *in l. ille à quo, §. si testam. ff. ad Trebel. & in l. Prætor, §.*1.*ff. de damn. infect.* que opuesta la excepciõ de cosa juzgada, ad merita causæ, tiene tanta fuerça, que quando se ajusta, que lo que se pide en la suplicacion, està ya determinado en revista todos los autos del processo, ò suplicacion que no se pudo interponer, son nulos, y frustratorios por el imperio, y suma autoridad de la cosa juzgada, *glos. in cap. cum contingat. de offic. deleg.* verbo probationibus, quam sequuntur Paul. Salic. & Ias. *in l. ait Prætor in princip. ff. de iur. iur.*

12 Porque la executoria, y sentencia de revista del Consejo, que confirmò la del Alcalde, no puede dexar de tener cumplimiento, y execucion, sino en caso

so que la parte, en cuyo fauor se pronunciò, permita que se dispute, y conozca de lo mismo que està ya vencido. Innoc. *in cap. cum dilecta, n. 3. vers. Si tamen, de rescript.* Felin. *in c. inter Monasterium, n. 23. de sent. & re iud.* Alex. *cons. 63. n. 21. lib. 4.* Surd. *cons. 160. n. 51. & decis. 185. n. 20.* Manent. *cons. 28. n. 34.* con que se hallan don Francisco de Eguiluz, y D. Mariana de Mesa en terminos de la regla, que obsta excepcion de cosa juzgada a D. Maria Sande en la sentencia del Consejo, alegando cõ particular aduertencia, que no ha tenido obligacion a responder a las pretensiones que estan juzgadas, que fue a lo que mirò la reserua de los autos vltimos, por los quales se mandò que respondiesse derechamente, añadiendo: *Que fue sin perjuizio de sus excepciones*, y asi D. Francisco de Eguiluz, y D. Francisco de Mesa en la informacion principal, no hablaron de las pretensiones, de q̃ estan absueltas las partes, si no solo de fundar la cosa juzgada, y don Francisco de la partida de los ℳ. ducados de que suplicaron en lo que a cada vna le fuesse perjudicial el aditamento puesto en la sentencia del Consejo, de quo inferius.

13 Sin que obste lo que en contrario se pretende fundar en la informacion segunda desde el num. 14. que la excepcion de cosa juzgada, està vencida con los dichos autos, en que se mandò responder asi, en fuerça de dilatoria, como de perentoria, *ex text. in l. 2. in princ. ff. quæ sententiæ, sine appellat. rescindant*, de que es concordante la *l. 13. tit. 22. part. 3.* ibi: *Pero si fuere contienda sobre el primero juizio, diziendo alguna de las partes, que non deue el judgador judgar este pleyto, por que fue ya judgado vna vez, si la otra parte lo negasse, è aquel ante quien acaesciesse esta contienda, dixesse, judgando que non fue dado juizio sobre aquella cosa, vale el segundo juizio que fuere despues dado contra el primero, maguer que ninguna de las partes non se ouiesse alçado del primero.*

14 A que se responde, que la ley de Partida, y las demas alegaciones son en fauor destas partes, porque los autos del Consejo, no solo no determinaron, *que no fue dado juizio sobre aquella cosa* (hoc est) *sobre las partidas que se dize que no quedaron determinadas en la executoria*, sino que como està ponderado el mandar responder, fue sin perjuizio de las excepciones de las partes.

15 Tampoco obsta lo que se alega en el num. 19. de la informacion segunda de las decisiones 39. y 40. de Granada, haziendo distincion entre la excepcion de cosa juzgada q̃ se opone para impedir el ingresso del pleyto en q̃ por auer alguna duda, y requerir mas pleno conocimiento de causa se reserua para difinitiua, y la que se opone quando se trata de suplicar de algun auto de reuista a titulo de que en el se puso algun nueuo aditamento, ò se decidio alguna cosa, no comprehendida en la primera sentencia, ni en el pedimiento, y sin embargo de la oposicion de la cosa juzgada, se manda responder derechamente, porque en el primer caso, aunque quede la excepcion vẽcida, como dilatoria, se puede boluer a oponer como perentoria, y al contrario en el segundo, quando se manda responder a la suplicacion, y se conoce, si el aditamento, ò pretension añadida, es nueua, ò deducida en la primera instancia, porque si se admite la suplicacion virtualmente, se dize que queda calificado ser capaz de suplicacion el auto, ò sentencia de reuista, y no dexa otra inspeccion para despues, mas q̃ solo la calificacion de la justicia del aditamento.

16 A que se responde con la misma decision, que en substancia pone por principal fundamento lo que se determinò en la ley de la Partida, *ait enim prædicta decisio 40. num. 81. Cum vero in alio casu in eodem iudicio a secunda sententia quam alter ex litigatoribus reuisionis posse producere rem iudicatam intenderit, alter vero negauerit, ex nouaque additione supplicationem interponit, & cũ discuteretur, an supplicationi deferẽdum, & decisum supplicationi locum esse; vt in nostro casu tunc vltra, quam nihil ad merita causæ remissum fuit, sed absolu-*

solu-

solutè suplicationem locum habere declaratum non potuit aliter determi prædictum, nisi in totum absumeretur ius exceptionis, tam dilatorium quam peremptorium.

17 Quæ verba decidunt, que es requisito necessario para que no aya lugar el poderse oponer la excepcion en fuerça de peremptoria, que en los autos del Consejo se huuiera dicho, *que se declaraua auer auido lugar la suplicacion de doña Maria Sande, en quanto a las dichas partidas*, teniendolas por nueuo aditamento: porque en este caso no quedaua nada que determinar en la difinitiua, en quanto a la cosa juzgada; pues auiendo lugar suplicacion, no podia auer auido executoria.

18 Pero auiendose mandado por los dichos autos que respondiessen don Francisco de Eguiluz, y don Francisco de Mesa, *sin perjuizio de sus excepciones*, se vino a determinar, no solo virtual, sino especificamente, que la excepcion que se auia opuesto en fuerça de dilatoria para impedir el ingresso de la suplicacion, se pudiesse oponer en fuerça de peremptoria, para que se determinasse con mas conocimiento de causa, con que las decisiones, de que encontrario se haze tanta ponderacion, y la ley de Partida son decissiuas deste punto en fauor destas partes.

19 Y aunque no lo dixeron las decisiones de Granada, tiene preciso fundamento de derecho, para poderse oponer en fuerça de peremptoria la excepcion de cosa juzgada, que no se admitio en fuerça de dilatoria, para que el juez de la apelacion, ò suplicacion determine que no ha lugar suplicacion: porque no auiendo expressa determinacion, y conocimiento sobre los meritos de la causa, en razon de si ay cosa juzgada, siempre ha lugar el oponerse en fuerça de peremptoria: porque la apelacion, ò suplicacion reputatur eiusdem naturæ, cuius est causa principalis, Frãchus *in cap. per tuas sub num.* 4. vbi Decius, *num.* 12. *de appellat.* Bald. *in l. pen. num.* 6. *vers. Quæro an ab interlocutoria in fin. C. quorum apellationes non recipiantur*, Bellamera *decis.* 41. *si Papa in fine; quia appellatio est quædam subrogatio primæ instantiæ, & regulatur secundum naturam causæ principalis*, vt plenè per Scaciam *de appellat. q.* 10. *art.* 3. *nu.* 17. *& art.* 4. *n.* 41.

20 Y como en la instancia de la apelacion, ò suplicacion, es necessaria litis contestacion, *vt in l. fin.* §. *illud*, vbi communiter Doct. *C. de temporib. appellat.* *vbi glos. & in d. c. per tuas, de appellat.* Bart. *in l. eius, ff. de appellat. recipiend.* & post alios Frãciscus Marcus *in decis. Delphinat.* 1182. *num.* 23. *part.* 1. Abb. *in dict. cap. per tuas, num.* 4. vbi Franch. *num.* 9. *& in puncto*, Scaccia *dict. art.* 4. *num.* 43. vbi pulchre notat *hanc conclusionem esse verissimam quando partes, seu altera earum facit instantiam pro contestatione litis: quia tunc contestatio est necessaria*, siempre ha lugar la excepcion opuesta en fuerça de peremptoria, que fue lo que sucedio en este caso; porque auiẽdo suplicado D. Maria Sande: D. Francisco de Eguiluz, y D. Francisco de Mesa opusierõ la excepcion de cosa juzgada, para impedir el ingresso de la suplicacion, para las partidas decididas en la sentencia del Consejo, de que fueron absueltas las partes, a que replicò doña Maria Sande, que se auia de mandar que respondiessen derechamente, que fue lo mismo que pedir que mandasse que contestassen el juizio desta instancia, y auiendoseles mandado responder, no admitiendo la excepcion de cosa juzgada en fuerça de dilatoria, no puede auer duda, por lo mismo que en contrario se alega, y se funda en las decisiones 39. y 40. del señor don Iuan Baptista de Larrea, q̃ se puede oponer en fuerça de peremptoria, como se pudiera oponer en la primera instancia, no auiẽdose admitido para impedir el ingresso del juizio, para que opuesta se determine obstalle a doña Maria Sande, en fuerça de executoria lo determinado en la sentencia del Consejo, que confirmò la del señor don Gregorio de Mẽdizaual, en que absoluio à ambas partes de las pretensiones que cada vna tenia cõtra la otra, sobre las dichas partidas, como se fundò en el primer articulo de la informacion principal.

21 Y desta inteligencia, que es cierta, y juridica, resulta que no tuuo necessidad don Francisco Salgado de impugnar las dichas decisiones con tanta fuerça, *in labirinth.credit.p.3.cap.1.à num.*61. donde auiendo fundado con mucho numero de autores, y con la decision de Mastrillo 148. *num.*35. *Quod quando ex parte creditoris opponitur exceptio rei iudicatæ* (vt in præsenti casu) *& declaratum fuit semel, & iterum in senatu creditorem directè respondere debere, & respondendo insistit in rei iudicatæ exceptione in vim peremptoriæ admititur exceptio quidquid incontrarium voluerit*, D. Larrea *decis.* 39. *nu.* 37. *& decis.* 40. *num.* 80. *&* 81. *& decis.* 45. *num.* 44. y concluye diziendo: *Cui omnium supremorum praxis vsitatissima resistit*, y alega à Azeued. *in l.1.tit.5.ex num.*37. *lib.* 4. *Recop.* Villalob. *in antin.iuris litt.E.num.*15. Giurb. *decis.*21. *num.*2. *& decis.*68. *a nu.* 8. Paz *de tenuta cap.*38.

22 Demanera que aun entendidas estas decisiones, como en contrario se pretende, y en la forma que se alegan, son reprouadas en quanto al punto de que se trata, que no se ha de admitir la excepcion de cosa juzgada en fuerça de peremptoria, con que se excluye todo lo que encontrario se dize, y alega en vna, y otra informacion.

23 Y aunque aora se haze el principal fundamento, para que no aya cosa juzgada en que estas pretensiones no se auian deducido, ni en la instancia del Alcalde, ni en la del Consejo, queda conuencida doña Maria Sande con sus mismos pedimientos, y alegaciones, diziendo, como dixo ante el señor don Gregorio, pieça 1. fol. 83. mem. num. 88. que pedia que se declarasse deuersele adjudicar de los bienes de su padre las partidas siguientes. Primeramente 26U. pesos de oro de à 20. quilates, de que le hizo donacion, y à doña Francisca Sande su hermana, &c. Et mem. n. 110. dize, que se le auian de mandar adjudicar por bienes de su padre 4U. ducados de plata doble, que doña Ana de Mesa su madre quedò deuiendo al tiempo de su muerte, por tantos que auia tomado prestados para pagar a su Magestad la composicion de los cargos hechos al Doctor Sande.

24 Et mem. num. 116. dize, que tambien se le han de adjudicar de los dichos bienes de su padre 14U37. ducados y medio que importan la mitad de cinco legitimas suyas, y de quatro hermanos.

25 Et mem. num. 118. deduciendo las pretensiones que tenia contra los bienes de doña Ana de Mesa su madre, dize que se ha de declarar ser carga dellos 27U184. ducados de plata procedidos de 23U500. pesos de oro de a 20. quilates, que cobrò de lo procedido de la donacion que el dicho Doctor Sande les hizo a ella, y a su hermana.

26 Et mem. num. 221. dize, que tambien se ha de declarar ser carga de los bienes de la dicha doña Ana de Mesa U. ducados que deuia a don Francisco Ordoñez, que ella pagò.

27 Et mem. num. 124. que tambien se ha de declarar ser carga de los bienes de doña Ana de Mesa 10U. ducados que se obligò a pagar à don Francisco de Eguiluz, para ayuda a la dote de doña Ana de Mesa, de que le ha pagado reditos.

28 Et mem. num. 127. que tambien se ha de declarar ser carga de los dichos bienes 9U. ducados que importò la limosna de Missas, sufragios, y funeral, y legados del testamento de la dicha doña Ana de Mesa, para cuyo cumplimiento ha contrahido deudas.

29 Et mem. num. 130. que tambien se ha de declarar ser carga, y obligacion de los bienes de su madre 14U37. ducados que importaron sus legitimas, y las de don Fernando, don Pedro, don Alonso, doña Francisca, sus hermanos.

Y

30 Y estas partidas ellas por ellas, las contestaron don Francisco de Eguiluz, y don Francisco de Mesa, diziendo, que auian de ser absueltos, y dados por libres, assi los bienes del Doctor Francisco Sande, como los de doña Ana de Mesa, y reconuinieron a doña Maria Sande, diziendo, que como heredera de la dicha su madre, estaua obligada à dar quenta de todos los bienes, y hazienda que quedaron por fin, y muerte de su padre, y de los empleos que deuia auer hecho doña Ana de Mesa en beneficio del mayorazgo, y de los que quedaron por su fin, y muerte: porque todos quedaron vinculados, mem. num. 132.

31 Y auiendo contestado doña Maria esta cõuencion, y proseguidose el pleyto, el señor don Gregorio pronunciò sobre todo la sentencia que està referida, en que absoluio à ambas partes de las pretensiones que tenian la vna contra la otra.

32 Y despues en la apelacion que interpuso desta sentencia, pretendiẽdo que se auia de reuocar, entrò diziendo, mem. num. 142. que para que se reuocasse se afirmaua en lo que tenia dicho, y alegado, y siendo necessario lo dezia, y alegaua de nueuo.

33 Y auiendo alegado en lo tocante a la reuocacion que hizo doña Ana de Mesa, del mayorazgo que auian fundado ella, y su marido, llegando a hablar de las dichas partidas, para que fuessen condenados, assi los bienes de su padre, como los de su madre, en lo que a cada vno tocaua, dize, que el Alcalde le hizo agrauio assi mismo en no auerle adjudicado su legitima, y las de los dichos sus cinco hermanos, à razon de a 150 ꝯ. marauedis de renta, y su principal en propiedad, *a cada vno, y creditos que tenia deducidos, por estar justificados, y en qualquier sucesso se le auian de adjudicar de los bienes del dicho su padre*, y concluyò diziendo: *que pedia que se confirmasse, supliesse, y emendasse la dicha sentencia, y que se declarassen por bienes libres los del dicho Doctor Francisco de Sande, para que sucediesse en ellos, como su hija, y vniuersal heredera, y se determinasse sobre los creditos, y pretensiones opuestas, haziendo como tenia pedido.*

34 Y supuesto como es cierto, y indubitable que en la primera instancia se deduxeron todas las pretensiones de que aora se trata, y que el señor don Gregorio juzgò sobre todas ellas, absoluiendo à las partes, aunque despues hizo la declaraciõ (de qua supra habitus fuit sermo) que desestimò el Consejo como si no se huuiera hecho, confirmando la sentencia en lo tocante a las dichas pretensiones, no es necessario mas fundamento que la decision de la ley 4. del titulo de las sentencias, y nulidades, que es el 17. del lib. 4. de la Recopilacion, que vino a determinar cõ mas expression, y fuerça, lo que estaua preuenido por el derecho comun de las partidas, *que en todos, y qualesquier negocios en que conforme a las leyes destos Reynos de las sentencias dadas por los del nuestro Consejo, y Oydores de las nuestras Audiencias, no ha lugar suplicacion, se entienda assimismo no auer lugar alegarse, ni oponerse de nulidad, aunque se diga, y alegue ser de incompetencia, ò de defecto de jurisdicion, ò que della notoriamente conste del processo, y autos del, ò en otra qualquiera manera, para impedir la execucion de las tales sentencias, ni para que despues de executadas se pueda tornar al pleyto, y que por las dichas sentencias se entiendan ser acabados, y fenecidos los dichos pleytos, sin que se puedan tornar a mouer, ni suscitar, ni tratar en manera alguna.*

35 Con estos presupuestos, y pretension, que es lo que tienen alegado, y fundado en la primera informacion estas partes sobre que ha de caer la determinacion del Consejo, declarando que le obsta a doña Maria Sande excepcion de cosa juzgada, todo quanto se dixere sobre la justificacion de las partidas de las pretẽsiones serà extra rem ocioso, & sine efectu aliquid operandi.

36 Sed tamen, porque en las informaciones contrarias se ha tomado tan des-

pa-

pacio como sino estuuieran juzgadas el fundar lo que en ellas pretendio doña Maria en aquel juizio en que fue vencida, dexando la cosa juzgada en su lugar, y sin que se entienda que aora se trata de justificar las dichas partidas, discurriremos breuemente por ellas, solo para que se reconozca quan sin fundamento, y justificació insistio, y insiste en ellas, & paginas implet, pretendiendo fundar que se le han de adjudicar de los bienes del Doctor Sande, y doña Ana de Mesa todo lo que importan, y que se ha de sacar de los bienes del mayorazgo.

Pretensiones vencidas contra los bienes del Doctor Francisco Sande.

PRIMERA PARTIDA.

De veinte y seis mil pesos de oro de veinte quilates, y lo procedido dellos.

37 Para lo tocante a esta partida se presupone que el año de 599. siendo el Doctor Francisco Sande Gouernador, y Capitan General en el Nueuo Reyno de Granada, y Presidente de la Audiencia Real, por vna cedula que se dize estar firmada de su nombre, y de quatro testigos, suena auer hecho donacion a doña Maria, y doña Francisca Sande sus hijas, y a las demas que le naciessen, de 24ŋ. pesos en el debito de Pedro Lopez Tribiño, los quales dixo, y alegò que cobrò su padre, y que le pertenecian por su persona, como heredera de su madre, en quien recayò la herencia de doña Francisca.

38 Esta pretension nunca tuuo fundamento, aunque en contrario se dilatan los que propone Doña Maria por los numeros de diez que ay en su informacion primera.

39 Lo primero, porque la donacion no se compadecia con las escrituras de mayorazgo que hizieron el Doctor Sande, y su muger en la ciudad de Seuilla, al tiempo de embarcarse para las Indias en 16. de Febrero de 1594. en que incluyeron todos sus bienes presentes, y futuros, y señalaron los alimentos, y dotes en lugar de legitimas a sus hijos en los frutos de los primeros años, *mem. num.* 28. *& num.* 36. *& p.* 1. *fol.* 39. *& fol.* 40. *hasta* 41. *& fol.* 49.

40 Lo segundo, porque la dicha cedula es notoriamente sospechosa de falsa, por ser contraria al poder para testar, en que istituyò por herederos a sus hijos, y hijas en la forma declarada en los vinculos, mem. n. 8. & pieça 1. fol. 369. y no es verisimil que señalasse otros dotes diferentes a las hijas por la dicha cedula de donacion.

41 Lo tercero, porque caso negado que fuera cierta, por ella misma se reconoce, que fue simulada para cautelarse contra los sucessos de alguna visita, y otros casos, y accidētes a q̄ atēdio en las clausulas de translaciō, de dominio, y de vsufructo, que tan cuidadosamente se pusieron en vna cedula priuada, y con testigos de casa confidentes, y este intēto se calificò cō la visita siguiente, y cobrança que D. Ana de Mesa hizo desta partida, no como propria de doña Francisca, y doña Maria, sino como deuida a la herencia, y en nombre de todos sus hijos, pieça 2. fol. 35. hasta el 168. & mem. n. 119. que son los principales medios con que se prueba la simulacion, vt plenè per Fatinac. *q.* 262. *n.* 9

42 Lo quarto, porque el Doctor Francisco Sande murio el año de 602. y no cobrò, ni pudo cobrar esta partida, y el año de 605. don Nuño de Villavicencio prosiguio la visita, y hizo diligencias para que se cobrassen de Bartoleme de Ce-

pe-

peda 23ʒ683.pesos, que atribuyò doña Maria Sande a esta donacion en el juizio de la executoria: y vltimamente doña Ana de *Mesa*, como curadora de sus hijos, cobrò otros 18ʒ575.pesos,*mem.d.n.*119.con que se conuencio esta pretension de los mismos papeles que en contrario se presentaron.

43 Lo quinto, porq̃ quando la donacion huuiera sido cierta, y el Doctor Sãde huuiera cobrado toda la partida, tampoco la podia pedir D.*Maria* Sande, por estar vinculada entre los demas bienes, por ambos fundadores, de tal manera, que ninguno la podia sacar del mayorazgo, como se fundò en el primer pleito, en cuya conformidad se pronunciò la executoria.

44 Lo sexto, porque a D.*Maria* se le auian señalado alimentos en lugar de legitima, conforme a la clausula de la facultad Real que tuuieron sus padres para hazer mayorazgo, y no podia pedir dos legitimas.

45 Lo septimo, porque en la parte de la asserta donacion que tocò a D.Francisca Sande, auia otra consideracion particular: porque quando huuiera recaido en D.Ana de Mesa, como su heredera, auia de boluer otra vez al mayorazgo en virtud de la segunda escritura, que precedio tambien a la donacion en que se incluyeron todos los bienes presentes, y futuros de ambos fundadores.

46 Lo octauo, porque reduciendolo todo a los terminos, y estado en que propuso las dichas pretensiones, no pudiera sacarse esta partida de los bienes del Doctor Sande, que especialmente quedaron incluidos en el mayorazgo: porque desde su principio el dicho año de 94.se fundò irreuocablemente para no poderle alterar los fundadores el vno sin el otro, como se determinò por la executoria, y en consequencia no quedò sugeto a las deudas, que qualquiera dellos cõtraxesse despues de fundado, vt resoluunt D.Molin.*lib.*1.*cap.*10.*n.*11.Ant.Gom. *in l.*40. *Taur. n.*72 Peralt.*in l.*3.§.*qui fideicom.n.*124.*de hæred.instit*.Molin.Theolog.*disp.*640.*in fin.* cum alijs quos congerit additio ad D.Molin.*d.n.*11.

47 Con estos fundamentos se deshizo lo que pretendio fundar en el juizio de la executoria, y suscita aora D.*Maria* con tanta digresion desde el n.21. de la informacion primera, diziendo, que D.Ana de *Mesa* muerto el Doctor Sande, otorgò poder en la ciudad de Santa Fè, como curadora de sus hijos, en fauor de Bartolome de Cepeda, para que ante la justicia della presentasse la donacion, y pidiesse, que Bartolome de Guillen Fontana, vno de los testigos instrumentales, que la auian firmado, reconociesse su firma, y que la reconocio, y que lo mismo hizierõ Alonso de Ibarra, y Francisco Euangelista, siendo Frayle nouicio de la Orden de San Francisco.

48 Con lo qual dize aora que tiene bastante comprobacion la dicha cedula, para que se le adjudique la dicha cantidad, y con lo que hizo el Lic.Nuñez de Villavicencio, en virtud de la comission que tuuo del Consejo, para proseguir la visita que auia dexado empeçada el Doctor Salierna, que embargò la escritura del deuito, y con la declaracion que auia hecho Gaspar Lopez Salgado, que pertenecia al Doctor Sande, y que le auia hecho ciertas pagas el dicho Bartolome de Cepeda, que estan al pie de la escritura.

49 Porque todo lo que en esta parte se dixo, y dize aora, no excluye, sino antes confirma mas la justificacion de lo determinado por la executoria: porque cobrasse el Doctor Sande parte del dicho deuito, ò q̃ le cobrasse D. Ana de *Mesa* con la executoria que obtuuo del Consejo el año de 604.en cuya virtud el dicho Gaspar Lopez Salgado con su poder cobrò 18ʒ575.pesos, todo es calificar la simulacion de la donacion, y q̃ todas estas cantidades se cobraron como los demas

bienes; para quedassen incluidos en el mayorazgo, sin poder perjudicar, ni al mayorazo, ni a los sucessores en el.

50 Porque estando fundado irreuocablemente assi de los bienes presentes, como de los futuros, en consequencia quedò determinado que estas, y las demas partidas fueron bienes del dicho mayorazgo, y para qualquiera litigio que se le pudiesse seguir auian de ser citados los inmediatos sucessores en el, ò criarsele defensor: porque en los mayorazgos se consideran dos personas, la intelectual del mismo mayorazgo, y la persona propria del sucessor, ò posseedor dèl, vt distinguit Marino Freccia communiter receptus *de sub feudis, lib. 1. §. alia etiam, num. 22.* vbi ait: *Quòd feudum est homo mutus cuius vigore quis agit, & excipit, sententia fertur feudo, & contra feudum; nam fungitur vice duarum personarum propria, & intellectualis; & magis attenditur intellectualis, quàm propria, & lib. 2. §. sæpè fui interrogatus, num. 27.* subijciens: *Quòd feudum magis conuenitur, loquitur, & patitur, feudo fertur sententia, & contra feudum, neque enim refert, quæ sit imago; sed quæ sit substantia rei,* Bald. *cons. 13. num. 5. vol. 3. & in l. 2. num. 2. quibus res iudicata non nocet.*

51 Y esto procede en este caso con toda seguridad, auiendo sido doña Ana de Mesa la que tratò de impugnar la fundacion del mayorazgo, reuocandole por escritura publica, para que los bienes quedassen libres, y despues de su muerte doña Maria Sande, que pretendio lo mismo en aquel litigio.

52 Con lo qual tambien cessa, y es fuera del caso lo que se dize desde el num. 41. que siendo, como fue cierta la donacion, no se puede dudar del valor della; y que auiendose hecho por causa de dote, para que las hijas contraxessen matrimonio, fue valida, y pefecta desde luego: y que quando no lo huuiera sido, no es dudable q̃ se confirmò con la muerte del donador, auiendo perseuerado hasta entonces en ella, sin reuocarla. Y que esto es mas llano, auiendose puesto la clausula de constituto, por la qual se transfirio la possession de la cosa donada; y que siendo niña doña Francisca, y doña Maria, no fue necessaria aceptacion; y que sin embargo a mayor abundamiento se halla accetada por el mismo Doctor Sande.

53 Porque demas de la incertidumbre destas conclusiones, que aora no es necessario apurar, todas estas consideraciones cessaron con la simulacion de la afferta donacion; y con que quando fuera cierta, obstaua la irreuocabilidad del mayorazgo, en cuyo perjuizio no se pudo hazer.

54 Y menos obsta lo que se dize en el num. 47. que el mayorazgo que se hizo despues de la donacion no se pudo hazer, auiendo sido donaciõ irreuocable; y que quando se huuiera podido reuocar, no fue visto auerlo querido hazer por la disposicion general de bienes: para lo qual se trae grande aparato de alegaciones tocantes a la materia de la *l. sequens quæstio 70. ff. de leg. 2.* de lo que obra el preceder la disposicion especial, y seguirse la general.

55 Porque estas conclusiones generales no son para este punto, y en la proposicion, a que se quieren replicar, reciben error los Abogados, que defienden aora esta causa, que no defendieron el pleyto de la executoria; porque el mayorazgo que por ella se determinò, que era irreuocable, y que auian entrado en el todos los bienes presentes, y futuros del Doctor Sande, y doña Ana de Mesa, se fundò el año de 594. y la fecha de la cedula es del año de 99.

PAR-

De los quatro mil ducados que doña Maria Sande, y su madre pagaron a su Mageſtad por la compoſicion de la viſita.

56 En eſta partida hizo mucho fundamento doña Maria Sande, y aora le haze; en que eſtà probado plenamente aſsi con la probança que ſe ha hecho en eſta inſtancia ſobre la pregunta, mem. num. 269. y con los papeles que antes eſtauan preſentados; que para pagar los dichos quatro mil ducados los pidio preſtados doña Ana de Meſa al Doctor Rayado, en cuyo fauor hizo vna cedula, y a Andres de Viñuelas labrador, en cuyo fauor hizo eſcritura; que ambas eſtan preſentadas con recibo del vno, y carta de pago del otro; que tambien eſtan examinados por teſtigos; y por la carta de pago que dio Iuan Maria Piquinoti, a quien ſe libraron por el Conſejo de Indias: con lo qual dize, que ſiendo eſta deuda neceſſaria, y forçoſa, el ſuceſſor del mayorazgo la puede repetir, y retener contra los ſuceſſores: para lo qual ſe alega a Molin. *lib. 1. cap. 26. num. 9. & 10. & cap. 10. num. 25. eod. lib. cum aliјs iuribus.*

57 A que ſe reſponde con la miſma conſideracion, que en la partida antecedente, que auiendoſe fundado el mayorazgo antes que el Doctor Sande paſſaſſe a las Indias; y auiendo reſultado la deuda de la compoſicion de los cargos de la viſita, no fue comun, ſino propia: y auiendoſe cauſado deſpues de la fundacion, no fue capaz de poderſe cargar aquellos bienes, ſino pagarſe de los frutos del mayorazgo, de que doña Ana de Meſa fue adminiſtradora, que importauan cada año mas de ocho mil ducados, con que ceſſa la eſtratagema de los empreſtidos, que dize D. Maria Sande que le hizieron a ſu madre, y lo que ſe alega en eſta partida, que quando el poſſeedor recibe dinero preſtado, y ſe conuierte en el reparo de las caſas, ò bienes del; y no puede ſuplirſe el gaſto de los frutos, puede obligar los bienes vinculados, aunque no preceda facultad Real, y los ſuceſſores eſtaràn obligados a pagarle, vt per Ponte *deciſ.* 4. D. Molin. Amat. & aliјs iuribus.

58 Porque ſiendo, como fue, tan quantioſa eſta hazienda, que con la mitad de los frutos, ò renta de vn año, ſe podia pagar la compoſicion, aunque fuera mayor: y auiendo goçado Doña Ana de Meſa de todos ellos tantos años deſde que murio el Doctor Sande, que fue el año de 603. mem. num. 81. haſta el de 630. que murio ella; y deſde eſte año Doña Maria Sande haſta aora, que auran importado mas de 200U. ducados: bien ſe reconoce el poco fundamento que tuuo el pedimiento deſta partida, y que fue como el que tienen las demas.

PARTIDA TERCERA.

De veinte y ocho mil y ſetenta y cinco ducados de las cinco legitimas, y alimentos, que dize doña Maria Sande, que le ſon deuidos a ella, y a ſus quatro hermanos, que murieron en vida de doña Ana de Meſa ſu madre.

59 La juſtificacion deſta partida la pretendio fundar en la vltima eſcritura, q̃ otorgaron el Doctor Sande, y doña Ana de Meſa en 13. de Abril de 602. en que refieren, que en conformidad de la facultad Real, en que ſe mandò, que a los demas hijos les dexaſſen alimentos competentes, aunque no fueſſe en tanta cantidad, como auian de auer, no inſtituyendo mayorazgo, les mandarõ a cada vno 150U. mara-

raue dis de renta; y que siendo este deuito forçoso, y legal, teniendo, como tenian, los juros su entero valor, quando se señalò la dicha renta, se deuen pagar aora en bienes de la misma hazienda, que tengan aora el entero valor que antes tenian; porque aunque doña Maria Sande aya sucedido en el mayorazgo, le quedò derecho de retener estos alimentos de los bienes del, conforme a la *ley Marcellus* 3. §. *res quæ, ff. ad Trebel.* la qual se dize, que procede no solo respeto del hijo, en quanto a su legitima, y trebelianica, sino tambien respeto de qualquier estraño, que tenga el mismo, ò semejante derecho, vt per Bart. ibi num. 2. & 10.

60 A que se responde, que en este caso cessa totalmente este fundamento, porque estos alimentos se auian de situar conforme a la escritura, de que doña Maria se vale de los frutos del mayorazgo, de que ha de dar cuenta como heredera de su madre, que los administrò con estas, y otras cargas: con que vinieron a confundirse las acciones desta pretension; y por la misma razon de auer recaido estas legitimas en doña Ana de Mesa, como heredera de sus hijos, recayeron en el mayorazgo principal, donde los fundadores vincularon sus bienes presentes, y futuros con palabras geminadas, y vniuersales.

61 Y porque aunque no huuiessen consentido los hijos en el grauamen de vinculo, que puso el Doctor Sande en los mismos alimentos, que les consignò, haziẽdo vinculo dellos con substituciones reciprocas, para que no dexando descendientes, se incorporassen en el mayorazgo principal D. Ana de Mesa, no le pudiera impugnar, quando sucedio en estas legitimas, *l. rem alienam, ff. de pignorat. act. l. fundum, ff. de fund. dotal. l. cum vir, ff. de vsucap.* vbi communiter Doctores Bald. *in l. si is, C. de prædijs minor.*

62 Y auiendo podido los fundadores señalar a sus hijos mas moderados alimentos, no ay duda que valio el grauamen en el excesso, D. Molin. *cap.* 15. *n.* 12.

63 Y conforme a la clausula de la fundacion, don Francisco Sande, primer llamado, solo pudo gozar tres mil ducados de renta, y lo restante de los frutos del mayorazgo se auia de conuertir en comprar renta para las legitimas, y mayorazgos de los demas hijos; y auiendo sucedido D. Maria con esta carga, nunca tuuo accion para pedir lo que pidio en aquel juizio, *l. licet Imperator, ff. de leg.* 1. *l. cum pater,* §. *ab instituto, ff. de leg.* 2. *l. qui fundum,* §. *qui filium, ff. ad leg. Falcid.* Peregr. *de fideicomm. art.* 16. *n.* 58. y para qualquiera accion que pudiera intentar, auia de hazer separacion de frutos desde el dicho año de 630. en que murio su madre.

64 Sin que obste lo que se dize en el n. 60. que aunque doña Ana de Mesa en la vltima escritura dixo, que otorgaua el dicho mayorazgo de todos sus bienes, auidos, y por auer, no se puede entender, que en el vinculo quedassen comprehendidas las legitimas, y alimentos de sus hijos, porque no auia de pensar, que ella les auia de sobreviuir turbato mortalitatis ordine.

Porque esta consideracion tampoco es del caso presente, en q̃ està clara, y corriente, sin que necessite de interpretacion la clausula de la fundacion, en que quedaron vinculados los bienes presentes, y futuros: y auiendo recaido las herencias en D. Ana de Mesa, que sobreviuio a sus hijos, no puede auer controuersia en auer entrado en el dicho vinculo, como bienes propios suyos, como entraron los demas.

65 Y mas dura aplicacion tiene la decision de la *l. fin. C. de remiss. pignor. quæ adducitur ad finem prædicti n.* 60. del deudor, q̃ tenia obligados al acreedor los bienes presentes, y futuros, y le dio licencia para que vendiesse vna de las cosas obligadas libre de hipoteca; la qual boluio otra vez a poder del deudor, y se dudò si estaua afe-

cta

cta a la hipoteca por la palabra, *presentes, y futuros*, y se decidio, que estaua libre de la hipoteca, ex voluntate, & mente contrahentiũ, ex Hugo Donel *in tit. C. de remiss. pignor. n. 7.*

66 Quæ inquam quàm aliena sint à præsenti speculatione per se videre, licet, porque fuera de estar decidido lo contrario *in l. sicut, §. super vacuum, ff. quib. mod. pign. vel hypot. soluit*, y ser la opinion mas verdadera, y seguida, que recae la cosa, que se enagenò, y boluio a recobrar en la hipoteca: el caso de la *ley final*, no es aplicable, porque en el consintiò el acreedor la enagenacion; y en este no ay consentimiento de ningun sucessor; y despues de fundado el mayorazgo, y hecho irre uocable en los bienes presentes, y futuros, no pudiera D. Ana de Mesa, por consentimiento tacito, ni expresso, ni por ninguna de las conjeturas, que en contrario se proponẽ, impedir, que los bienes que heredò de las legitimas, y alimentos de sus hijos, no recayessen en el mayorazgo.

PARTIDA QVARTA.

De mil ducados que D. Maria Sande dize pagò à D. Fernando Ordoñez de Valencia.

67 Esta partida la pretende justificar aora con la probança de testigos, que ha presentado, auiendo pretendido en el primer litigio, que se deuia sacar de los bienes incluidos en el mayorazgo.

A que se responde lo mismo que en las partidas antecedentes, que ninguna deuda, que no sea comun de ambos fundadores, y anterior a la institucion del mayorazgo, y hipotecaria, se puede sacar de los bienes vinculados irreuocablemente demas de tener manifiesta implicacion dezir, que es heredera, y no manifestar el inuentario, ni dar cuenta de los frutos percibidos por discurso de tantos años, y pretender que se paguen las deudas de otros bienes, que tocan a la herencia.

PARTIDA QVINTA.

De nueue mil ducados, que D. Maria Sande dize auer gastado en el funeral de su madre.

68 Està partida tambien la pretende justificar con probança de testigos, hecha en esta instãcia, auiẽdo sido partida deducida en la instãcia del Alcalde, y vencida, como las demas en la sentencia del Consejo: con que se excluye la pretensiõ que tiene, que se ayan de sacar de los bienes que quedaron de doña Ana de Mesa.

69 A que se responde. Lo primero, que no se justificò en el primer juizio el hecho desta pretension, ni se ha justificado en esta instancia, quando pudiera caer juizio sobre esta partida.

70 Lo segundo, que quando fuera cierto lo que dize doña Maria Sande, no auia de correr por cuenta del mayorazgo, ni sacarse de los bienes del tan gruessa cantidad.

71 Lo tercero, que auiendose formado de todos los bienes presentes, y futuros, no tienen lugar las mandas, y legados para sacarlos dellos, *l. in ratione, §. quod vulgo, ff. ad leg. Falcid. l. 1. §. quibusdam, ff. si cui plus quam per leg. Falcid. l. successores, C. eod. tit.* Y auiendo tenido obligacion doña Ana de Mesa de dar cuenta de los bienes del Doctor Sande, y de la administracion de tantos años, doña Maria Sande la tuuo assimismo de exhibir el inuentario, q̃ deuio hazer su madre de los bienes de su padre,

dre,

dre, para ajustar su disposicion. Y no auiendole exhibido, se confundieron las acciones, y no huuo accion para pedir.

72 Lo quarto, que el funeral ha de salir de la herencia, y solo puede estar obligado a pagarle el mayorazgo en falta de otros bienes; y esta obligacion corrio por cuenta de D. Maria Sande, como su heredera vniuersal, *l. & si quis § fin. l. quod si nulla, ff. de relig. & sumptib. funer.*

Lo quinto, que D. Maria alegò contra si misma en el primer juizio; y aora lo alega en este, diziendo en el n. 63. que quando muere el posseedor del mayorazgo, y no dexa bienes libres para su funeral, lo deue pagar el sucessor, aunque sea estraño: y que aunque duda desta opinion Molin. *lib. 1. cap. 10. n. 33.* la sigue quãdo el difunto era padre, o ascendiente del que sucedio en el mayorazgo.

73 Porque siendo, como es, doña Maria no solo heredera de su madre, que bastaua por lo mismo que en contrario se alega, sino primera sucessora, q̃ ha posseido, y desfrutado los bienes vinculados de ambos patrimonois mas de 22. años, a ella es solo a quiẽ tocò pagar los gastos del funeral de los frutos q̃ ha percibido, sin que se venda, ni saque nada del principal, ex adductis a Mastrill. *decis.* 203. Garcia *de expensis cap.* 16. *n.* 33. Castill. *lib.* 5. *cõtrouers. cap.* 161. *à n.* 36. additio a D. Molin. *lib. 1. cap.* 10. *n.* 33.

74 Y para todas las pretensiones, fue concluyente consideracion en el primer juizio, que auiendo sido D. Ana de Mesa testamentaria del Doctor Sande, tutora, y curadora de sus hijos, administradora, y vsufructuaria del mayorazgo que fundaron, por qualquiera destos titulos, y principalmente por los de testamentaria, y tutora, deuio hazer inuentario, *l. tutor qui repertorium, ff. de administ. tutor, l. fin. § illo, C. arbitr. tutel.* y la misma obligaciõ tuuo como vsufructuaria, *l. 1. §. rectè, ff. vsufructuar. quæmadmod. caueat.*; la qual es tan precisa, que no se puede omitir, aun por la volũtad del testador; *l. 1 C. de vsufruct. D. in l. nemo potest, ff. de leg.* 1. por la obligacion de auer de dar cuenta a los hijos, y a los demas interessados, que es el fin a que se encamina el inuentario, Bart. *in l. cum tale, §. 1 ff. de condit. & demonstrat.* Greg. *in l.* 5 verb. *Las dudas, tit. 6. p. 6.* Escob. *de ratiocin. cap. 9. n. 2.* tanto que estas partes pudieron pedir contra ella, que se les difiriesse el juramento in litem, vt latè per Farinc. *p. 2. fragm. verb. Iuramentum in litem, n.* 1062. & 1107. & 1117.

75 Y esta obligacion no la pudo negar doña Ana de Mesa: porque ella misma con los demas testamentarios del Doctor Sande, mandò que se guardassen las escrituras del mayorazgo, y se nombrò por curadora de sus hijos, mem. n. 82. y en la escritura de reuocacion, dixo, que era tenedora, y posseedora, y vsufructuaria de todos los bienes, mem. n. 56. y como administradora, deuio administrar los bienes con cuenta, y razon, teniendo libro para la entrada del dinero, y salida para los empleos que se deuieron hazer.

76 Y auiendo faltado a estas obligaciones en tan graue perjuizio de los sucessores en el mayorazgo, y heredado doña Maria a su madre, con las mismas cargas de dar cuenta de todo, exhibir los inuentarios, y hazer buenos los empleos à que quedò obligada su madre, por la aceptacion del vsufructo, y por auer entrado, y tenido la administracion de los dichos bienes 27. años, desde el año de 603. hasta el de 30. nunca pudo pedir que se le hiziessen buenas las dichas pretensiones; por lo qual desestimandolas todas, como injustas, y agenas de todo fundamento se le denegaron, absoluiendo a las partes, y al mayorazgo dellas, assi por la sentencia del señor don Gregorio, como por la sentencia del Consejo.

PAR-

PARTIDA SEXTA:

De ocho mil ducados que doña Maria Sande pagò a don Francisco de Eguiluz, con los reditos de ellos, hasta la real paga.

77 A todo lo que hasta aqui se ha fundado, que tuuieramos por escusado, ha dado ocasion la insistencia que haze doña *Maria* Sande en la suplicacion, y en sus informaciones, en que no ha auido cosa juzgada sobre las dichas partidas, y huuieramos reducido este discurso tan solamente a esta partida del principal, y reditos de los 8U.ds. que pagò D. *Maria* Sande, a cumplimiento a los 14U.ds. que ella, *y* doña Ana de *Mesa* su madre, y Christoual de *Mesa*, padre de D. *Mariana* de Mesa le mandaron en dote a D. Francisco de Eguiluz, quãdo se tratò el casamiẽto.

78 Porque la duda, y controuersia sólo la puede auer en esta partida, por las palabras de la sentencia del Consejo, en la qual auiendose confirmado la sentencia del señor don Gregorio, en quanto a la irreuocabilidad del mayorazgo, assi de los bienes del Doctor Sande, como de los de doña Ana de Mesa se dixo: *Y en quanto a las demas pretensiones de ambas partes, confirmaron la dicha sentencia, en que les absuelue dellas, y dieron por libre al dicho mayorazgo, y al dicho don Francisco de Eguiluz, y sus consortes, de todas las pretensiones deducidas por la dicha D. Maria Sande.*

79 Y luego prosigue diziendo: *Excepto en quanto a los ocho mil ducados de que paga reditos, por la obligacion, y fiança que hizo la dicha doña Ana de Mesa su madre, de quien fue heradera: porque de la dicha cantidad absoluieron a la dicha doña Maria, para que en ningun tiempo tenga obligacion a pagar principal, ni reditos, ni el dicho mayorazgo*, en que ambas partes pretenden fundar su justiça; doña Maria Sande, diziendo, que auiendo pagado los dichos 8U. ducados, y los reditos q̃ auian rentado hasta la real paga, auiẽdola absuelto la sentencia del Consejo desta cãtidad, para que no tuuiesse obligacion a pagar principal, ni reditos, quedò condenado don Francisco de Eguiluz a boluer, y restituir todo lo que le pagò.

80 Y al contrario, D. Francisco de Eguiluz dize, que la sentencia no le condenò a boluer, ni restituir las cantidas que tenia cobradas, y le auia pagado doña Maria Sande, en satisfacion de la dicha dote, aunque fue absuelta doña Maria para no pagar principal, ni reditos, con supuesto de que no estauan pagados.

81 Quibus suppositis, la justicia de D. Francisco de Eguiluz, y D. Mariana de Mesa, fundatur ex sequentibus.

82 Lo primero, porque en esta partida, como en las demas, ay cosa juzgada para no poder pretender D. Maria Sande que don Francisco de Eguiluz, y D. Mariana de Mesa la restituyan los ocho mil ducados, y reditos que les pagò para cũplimiento de la dicha dote.

83 Porque auiendose deducido en la primera instancia ante el Alcalde esta partida, pretendiendo que se auia de sacar de los bienes del mayorazgo sobre que cayò el juizio, absoluiendo al mayorazgo, y a estas partes, y apelado D. Maria desta sentencia, diziendo, que se auia de reuocar por las causas que expressò, y D. Francisco, y doña *Mariana*, que se auia de confirmar con la sentencia del Consejo quedò confirmada, y aunque se puso el aditamento, absouiendo a doña Maria, para que no pagasse principal, ni reditos de los 8U. ducados de la dote, por la fiãça que hizo doña Ana de Mesa su madre, de quien fue heredera, siendo el aditamento tocante al mismo pedimiento, accion, sobre que se litigò, vino a ser exe-

cu-

cutoria, *ex doctrina* Angel. *in l. vnica, C. ne liceat tertio prouocare*, Couarr. *pract. cap.* 25. *num.* 6. & Thesaur. *decis.* 122. cum alijs iuriqus à nobis adductis in prima allegatione num. 42. y solo pudiera pretender por ella no pagar principal, ni reditos de la dicha cantidad, sino los huuiera pagado; pero no pretender que don Francisco se los restituya, contra las palabras, tenor, y forma de la sentencia, que no se deduxo, ni en la primera, ni en la segunda instancia, *l. ait prætor, §. si iudex, de re iudicat. l. si mater, ff. de except. rei iudicat.* ibi: *Subueniendum est ei, qui vnam tantùm egit causam rupti testamenti, l. si cum testamento* 21. *eod. tit.* ibi: *Quia neque litigatores, neque iudex de alio quam de argento actum inelligerent, l. si ex testamento, de except. rei iudicat.* ibi: *Neque obstaturam exceptionem, quòd non sit petitum, neque actor petere putaßet, neque iudex in iudicio sensisset.*

84 Lo segundo, porque las sentencia no se pueden estender mas que a lo que precisamente suena, y se puede inferir de sus palabras quando son tan claras, y especificas, como las que tiene, y se pusieron en el aditamento de la sentencia del Consejo, *l. si ex stipulatione, C. de sentent. & interlocut. omn. iudic.* ibi: *Cum potestatem sententiæ certis finibus concludi sæpè constitutum sit, l. post sententiam, C. eod.* ibi: *Post sententiam, quæ finibus certis concluditur, l. actorum verba, ff. de re iudicat. quia sententia est stricti iuris, & tantum disponit, quantum loquitur*, Decius *in l. ius nostrum, ff. de reg. iur.* Menoch. *consi.* 80. *num.* 39. *nec vltra extenditur, quàm importet verborum sonus*, Bart. *in l. Iulianus, num.* 5. *ff. de condict. in deb. nec ex ea plus probatur, quam ex ea neceßario infertur*, Alexand. *cons.* 84. *in causa, num.* 13. *lib.* 3. *nec aliud continere dicitur, quàm quod necessario infertur ex ea*, Decius *cons.* 248. *de duobus col. fin.* Castrens. *cons.* 442. *num.* 5. *in fin. lib.* 2. vbi eleganter ait: *ad propositum, quòd cum condemnatio requirat scripturam per sententiam non veniunt non expreßa in ea*, quem sequitur Cardin. Thusc. *practic. conclus. tom.* 7. *litt. S. conclus.* 126. *num.* 66. & post eos Salgad. *de Reg. protect. part.* 4. *cap.* 8. *à num.* 47. *cum seqq.* vbi plenè has conclusiones discutit.

85 Elegans text. si attentè perpendatur *in l. ex diuerso* 36. *§. vbi, ff. de rei vindicat.* porque siendo assi que quando en vna sentencia de rei vindicacion el reo conuenido fue condenado a restituir la cosa contenida en la demanda, se entiende cõdenado a restituir los frutos; *quia verba sententiæ ad iuris intellectum reducenda sunt*, y *eo ipso*, que dixo la sentencia, que restituyesse la casa, ò heredad sobre que se litigaua, viene la condenacion de frutos, decide el Consulto, que no se entenderà condenado el posseedor, si en la sentencia no se expressa la restitucion, ibi: *Vbi autem alienum fundum petij, & iudex sententia declarauit meum esse, debe etiam de fructibus poßeßorem condemnare*, por la misma razon que no se puede estender la sentencia a mas que lo que suenan sus palabras, y con la interpretacion que le da Salgado a este texto *in dict. cap.* 9. *num.* 131. se prueua mejor este principio, ait enim: *quod in illo textu sententia non fuit lata per verbum restituas, nec in illa eius mentio à iudice facta fuit, sed tantum declarauit actorem, verùm rei petitæ dominum. vt constat ex eod. text.* ibi: *Et iudex sententia declarauit meum esse, & ideo postea addita fuerunt à Consulto illa verba, debet etiam de fructictibus condemnare poßeßorem, ex quo intellectu percipitur*, que no teniendo la sentencia palabras claras, en las quales precisa, y necessariamente se incluia lo q̃ virtualmente se dize, que quedò juzgado, no se entiende determinado mas de lo que se expressa por las palabras.

86 Con que se responde a lo que en contrario se dize en la primera informacion, num. 71. que no solo es executiua la sentencia en lo que expressamente se declara en ella, sino en lo que virtualmente se comprehende, *l. si duo patroni, ff. de iure iurand. & quæ congerit* Salgado 4. *part. cap.* 9. *à num.* 150. *& cap.* 5. *num.* 98. Y lo mismo se dize en la segunda informacion desde el num. 28. donde se alega mas dilatadamẽte,

te, trayendo por muchos numeros los exemplos que puso in dict. cap. 9. para la conclusion ordinaria, que no solo se deue tener por juzgado, quod expresse in sententia legitur, verum etiam quod ex iuris dispositione ex præsumptione iudicatum intelligitur, cum paria sint, quid esse expressum in sententia, vel necessario præsuponi, vel sub intelligi.

87 Nam vltra supra adducta, respondetur. Primo, que estas conclusiones son contrarias a lo que se pretende inducir, y prouar con ellas: porque de las palabras de la sentencia (de quibus est præsens disputatio) no solo no se infiere, que don Francisco de Eguiluz tenga por ellas obligacion a restituir lo que ha recibido por causa, y titulo tan legitimo como lo fue la paga de la dote, sino totalmente lo contrario, y fuera absurdo afirmar, que es lo mismo absoluer a doña Maria, y al mayorazgo de que no pagassen reditos, ni principal de los ocho mil ducados que se supuso que se estauan deuiendo de la dicha dote, que condenar a don Francisco de Eguiluz, y a doña Ana de Mesa a boluer, y restituir lo que auian recibido, y doña Maria Sande les auia pagado, sobre que no se auia litigado, ni comprehendidose, ni en los pedimientos, ni en las excepciones, ni replicas de vnas, y otras partes.

88 Cum certa, & indubitata sit alia iuris conclusio, que no se puede dezir, que se incluyò en la sentencia tacita, ni virtualmente lo que no se disputò en el discurso del pleyto, sobre que se pronunciò la executoria en que se puso el aditamento de que se quiere inducir, vt post plures concludit Salgado *dict. part. 4. cap. 9. num.* 33. ibi: *Et ex his decisionibus Rotæ vna est atribuenda declaratio ad supradictas doctrinas appositas, quibus diximus in sententia intelligi expressum id, quod venit in necessarium antecedens, & illud sine quo dispositum in ipsa sententia stare non potest, neque effectum sortiri, & similes, vt intelligendæ sint, quando de ipso actum fuit etiam, & deductum in iudicio principali; quia tunc etiam si in sententia expressa mentio non fiat, tamen subintelligitur ex eisdem Doctoribus, at si de eo actum non fuit per partes, nec in iudicium deductum, tunc ad illud non potest sententia extendi, ita docent* Calderin. *cons.* 198. *aliàs 2. de re iudicat. in princip.* Ioan. Andr. *in cap. cum Eccles. Sutrina de causa possess. & propriet. quem sequitur* Ancharran. *cons.* 417. *de quibus prædictæ sententiæ, & iterum cons.* 255. *num.* 4. Cardin. Thusc. *practic. conclus. lib.* 7. *litt.* S. *conclus.* 131. *num.* 5. *&* 6. *& prosequitur latissimè*, & idem tenet Sigismund. Scaccia *de appellat. quæst.* 17. *limitat.* 6. *membro* 9. *num.* 11. *in fin.* vbi ait: *Quòd illa doctrina, quæ dicitur in sententia intelligi id omne, quod ex ea necessario infertur intelligenda sit, quando de ea necessaria illatione plenè fuerit cognitum non aliàs.*

89 Y a ningun caso se pueden ajustar estos derechos mejor que al presente: porque como se percibe, y prueua de todo el discurso del pleyto de la executoria, ninguna cosa estuuo tan lexos de doña Maria Sande, como pedir, ni litigar sobre que don Francisco de Eguiluz la boluiesse, y restituyesse lo que le auia dado, y pagado de lo que se le estaua deuiendo de la dote de doña Mariana de Mesa: porque como tantas vezes està aduertido, su pretension nunca fue sino que se sacassen de los bienes del mayorazgo, teniendo siempre por cierto el deuito, y por legitima la paga.

90 Lo tercero, llegandonos mas al punto de la duda, por la pretension que tiene doña Maria, de que en la instancia desta suplicacion se ha de declarar que don Francisco, y doña *Mariana* tienen obligacion a boluer, y restituir los juros que les dio en pago de la dicha dote, y los reditos que han percibido dellos, y los que pagò antes que les hiziesse la entrega, dezimos, que esta pretension està destituida de todo fundamento juridico: porque caso negado, que tuuiera alguno la accion que podia intentar, auia de ser la condictio indebiti, en vn juizio ordinario, en que dõ

Francisco de Eguiluz, y doña Mariana de Mesa tuuieran lugar de hazer sus defensas con pleno conocimiento de causa, prouando, y verificando que doña Maria Sande fue principal obligada, juntamente con su madre en las capitulaciones matrimoniales, aunque en ellas se puso doña Ana por fiadora de los ocho mil ducados, y que el escriuano dixo con error, y poca inteligencia, que se obligaua cada vna por lo que la tocaua, auiendo entrado ambas, madre, y hija, obligandose juntamente con Christoual de Mesa padre de doña Mariana, a la seguridad, y paga enteramente de los 14U. ducados.

91 Y en qualquier juizio donde se intentare esta accion, ha de ser vencida doña Maria: porque en el caso presente de la obligacion, y fiança de la dicha dote, no puede auer lugar esta accion.

92 Lo primero, porque la condiction indebiti no se da al que paga sabiendo, y no ignorando la causa, sino al que paga con error, putans se debere, *l.1.ff.de condit. in deb.* y tan lexos estuuo doña Maria Sande de pensar con error, que no estaua obligada a la paga desta dote, que para salir de la obligacion en 16. de Iunio de 639. hizo vn requirimiento a don Francisco de Eguiluz, diziendo, mem. num. 340. *Que por quanto en conformidad de la escritura de capitulacion que se hizo al tiempo que se casò con doña Mariana de Mesa su muger, ante Miguel de Haro Escriuano de Numero de Madrid, su fecha en dos de Enero de 1629. tenia obligacion de dar diez mil ducados en principales de juros de a razon de veinte mil el millar, que correspondian cada año con quinientos ducados de renta, con la obligacion del vinculo, y mayorazgo declarado en la dicha escritura* (habla del vinculo que se auia de hazer de la dote, conforme a la escritura de capitulaciones) *y conforme à ella le queria hazer el dicho entrego, y con efecto le hazia, y se los consignaua en los juros siguientes, &c. Y le requeria las vezes en derecho necessarias recibiesse los dichos marauedis de juro, con lo que dellos estaua corrido desde el principio del año de treinta y ocho, para que los huuiesse, y cobrasse por su quenta, y que le diessen, y otorgassen carta de pago, y liberacion, y que si corriesse algun riesgo la cobrança, protestaua no fuesse por su quenta, sino por la de los susodichos: porque como hazienda suya la dicha doña Maria no la auia de cobrar.*

93 Con lo que se dize en este requirimiento concurre la concluyente prouança de don Francisco de Eguiluz, y doña Maria de Mesa, hecha en esta instancia, en que dizen los testigos a la segunda pregunta, mem. num. 312. que quien tratò el casamiento fueron las dichas doña Ana de Mesa, y doña Maria Sande, obligandose a dar a don Frācisco de Eguiluz hasta catorce mil ducados sobre los seis milq̄ le auia de dar Christoual de Mesa, que tambien se obligaron á sanear.

94 Y lo que dizen en la tercera pregunta, mem. num. 322. que la principal causa que obligò a don Francisco a efectuar el matrimonio, fue entrar en la escritura, y obligacion doña Ana de Mesa, y doña Maria Sande, y auerse obligado a la paga de los cinco mil ducados, assegurando la demas cantidad: porque don Francisco de Eguiluz era vn Cauallero de muchas partes, muy rico, y le tratauan otros casamientos muy quantiosos, y añaden, que siempre tuuo entendido que le auian de hazer mayores comodidades, como señoras que eran tan ricas, y no tener otra parienta mas cercana que doña Mariana de Mesa.

95 Con que se conuence el error, ò descuydo, ò poca inteligencia del Escriuano ante quien se otorgò la escritura de capitulaciones matrimoniales; pues auiendo entrado en ella, diziendo, mem. num. 292. *Lo que se asienta, y capitula con las señoras Doña Ana de Mesa, y Doña Maria Sande y Mesa su hija, y el señor Christoual de Mesa de la vna parte, y de la otra el señor Don Francisco de Eguiluz Herencia, Cauallero del Abito de Santiago, &c. Primeramente los dichos señores Doña Ana de Mesa, y doña Maria Sande y Mesa, y*

Chris-

Christoual de Mesa , prometen , y se obligan con todos sus bienes juros , y rentas , de dar , y que daràn al dicho señor don Francisco para dote de la señora doña Mariana de Mesa catorce mil ds. en esta manera , &c. Despues diuidio las obligaciones, præter, vel contra mentem contrahentium, como se colige, y prueua de las circunstancias que concurrieron antes, y despues del otorgamiento.

96 Y no era necessaria mas comprouacion que la misma paga de principal, y reditos los años que los pagò doña Maria, reconociendo su obligacion, para excluir el error con que aora dize auer pagado sin estar obligada, pensando que lo estaua; y tambien se excluye, y cessa la condicion indebiti; porque auiendo sido todo hecho propio de doña *Maria* Sande, en el no se presume que huuo error, ni ignorancia, *l. quisquis, C. de rescind. vendit. l. quāquam, ff. ad Velleyan. l. fin. ff. pro socio,* Socin. *in regul.* 175. Nicolaus Moccius *de contractib. tit. de condit. indebit. fol.* 25. *in impresione Veneta, num.* 6. donde auiendo alegado estas leyes infert ad propositum: *Igitur huic soluenti, veluti in facto proprio erranti, repetitio competere non debet, hinc reprobatur stultitia illius, qui nomen suum patris, vel filij ignorauit, de quo in l. fin. vbi Doctores, ff. de hæredib. instut.*

97 Y assistiendo a estas partes la paga que doña Maria hizo, y las demas cōsideraciones en que se ha fundado, que no fue error, sino cumplir con la obligacion propia, no necessitauan de mas prouança contra la accion que ha querido intentar doña *Maria* Sande, de que le restituya don Francisco los dichos cinco mil ducados, por no deuidos; vt concludūt Alex. *consf.* 83. *n.* 1. *vol.* 1. Rota per Coccin. *decis.* 331. *n.* 1. *& decis.* 884. & post alios Ciriacus *controuers.* 486. *num.* 23. *vol.* 3.

98 Lo segundo, porque atendida la causa de la obligaciō de D. Ana de *Mesa*, y la paga que hizo de los 5Ꝟ. ds. que restauan por pagar de la dote D. Maria Sande, cessa tambien la accion por el priuilegio que tiene la paga hecha por causa de dote: porque quitado el error con que se dize auerse pagado, queda en terminos de obra pia, en que no se dà repeticion, vn in terminis deciditur *in l. cum is, §. si in ea opinione, ff. de condict. endebit.* ait: *Consultus. si in ea opinione sit mulier, vt credat se pro dote obligatam quidquid dotis nomine dederit, non repetit, sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non poterit,* en que se determina todo lo que ha passado en el caso que ha de determinar el Consejo: porque doña Maria conforme a lo que dixo en el requirimiento, y a la paga que hizo de la dicha cantidad, siempre se tuuo por obligada a cumplir la dote que estaua por pagar de doña *Mariana* de Mesa, & ideo quidquid dotis nomine dedit, non repetit: nam sublata falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest, *§. vlt. inst. de obligat. quæ ex quasi contract. nascunt, l. quamuis, C. de fideicom. libert. quæ loquitur in libertate,* iuncta doctrina Bald. ibi in primo notabili, qui extendit ad aliam quamuis piam causam, Bald. *in l. ea quæ, C. de condit. indebit.* Roman. *consf.* 428. *in fine primij dubij,* Tiraquel. qui loquitur in dote, alegando el texto *in dict. §. si in ea, de priuileg. piæ causæ, priuil.* 125. *& priuileg.* 119. en que puso epigraphe: *Falsa opinione solutum pietatis causa, tamquam indebitum repeti non potest,* Nicol. Moceio *dict. tit. de condict. indebit. vers. Capio modo, fol.* 26. *n.* 9. ibi: *Sexto cessat hæc condictio propter pietatem, veluti si aliquis dotem soluerit, veluti debitam non enim repetere potest pium pium, nāque expleuit actum,* Cardin. Aluan. in lucubrat. ad Bart. *in l. sed si me putem, n.* 1. *ff. de condit. indebit.* Bald. Nouell. *in tract. de dote, priuileg.* 44. *n.* 1. ibi: *Quadragesimnmquartum priuilegium est, quia licet alias indebite solutū per errorem repetatur, per conditionem indebiti tamen fallit, quando solueretur pro dote, nam tunc cessit repetitio, non obstante tali errore, vt est casus singularis in cum in is, §. si mulier, ff. de condit. indebit.* & ne aliena petamus, de derecho del Reyno determina

lo mismo la *l.35. del tit.14. de la partida 5.* in hæc verba: *Por parentesco, o por otro debdo que alguno cuidasse auer à alguna muger, si diesse de lo suyo en dote, o en arras por ellas, maguer supiesse en verdad despues que la ouiesse casado, que non auia raçon de lo fazer asi, como cuidaua con todo esso, non podria demandar, nin cobrar aquello que ouiesse dado por tal raçon, è esto es, porque este donadio es obra de piedad, è porende no lo puede despues demandar,* vbi Gregor. Lop. *glos. 1. litt. B. Nam cuius per errorem repetitio est, eius consultò dati donatio est,* vt ait text. *in l. cuius per errorē, de reg. iur.* & ibi Decius. Y en este caso han de auer mejor lugar las determinaciones destas leyes, y las doctrinas de los autores alegados, que hablaron dellas, porque auiendose casado don Francisco de Eguiluz con D. *Mariana* de *Mesa*, en fee, y credito de la dote que la prometieron doña Ana de Mesa su tia, y doña Maria Sande su prima, para que se efectuase vn casamiento de tanto lustre, auiendo recibido por hazienda suya propia en cumplimiento de la dicha promesa los ℳ ducados que doña *Maria* Sande le pagò en los dichos juros, y los reditos a que correspondia el deuito, hasta que le hizo la entrega, en cuya virtud ha cobrado los reditos que han rentado los juros, tiene especie de impiedad, pretender doña Maria Sande, que lo que pagò intuitu piæ causæ, se le buelua, y restituya, dexandolos sin dote, y sin hazienda, porque toda la que tienen no alcançarà a boluer los reditos de tantos años, que fue la consideracion q̃ hizo Pedro Gregorio *in sintagmata iur. lib. 23. p. 2. cap. 17. n. 6.* ibi: *Si fiat legatum, vel donatio Monasterio, vel pio loco, si in dotandas puellas collocentur solutiones, nam & quæ quis misericordia motus in hos expendit non repetit, vtpote, qui vere donare videatur,* & post alios nouissimè Ciriacus *controuers. 81. n. 10. vol. 1.* donde auiendo alegado la *l. cum is,* §. *si in ea,* y à Cephalo *cons. 195. n. 11.* donde la alegò para el mismo intento, ex ea inferr: *Generalem repetitionem indebiti concessam a lege non comprehendere dotem indebite solutam reddens Iuriscultus rationem, quia & si cesset debiti obligatio, remanet tamen causa pietatis, dato igitur, quod dos non esset specialiter priuilegiata in ista prelatione remanet, tamen regularis fauor, illius cum semper, & vbique debeat esse præcipua, l. 1. ff. solut. matrimon,* vbi Ias. *in prim. lect. nu. 9. inducit eā ad doctrinā prædictam,* & hac ratione fauoris generalis, eandem opinionem secuti sunt, Soc. Iun. *cons. 46. n. 25. vol. 4.* Ias. *cons. 157. n. 150. vol. 2.* Crot. *in l. filius familias, §. diui, n. 46. ff. de leg. 1.*

99 Lo tercero, porque esta accion quando se puediera intar en juizio ordinario, y se abstraxeran desta defensa fundamentos tan concluyentes, ad huc tamen no se pudiera intentar contra don Francisco de Eguiluz, para que buelua, y restituya lo que legitimamente se le pagò, y cobrò por la dote recibida, y los reditos que han rentado los ℳ ds. antes, y despues de la entrega, porque en quanto a el la promesa fue eficaz, y obligatoria.

100 Y lo que vino a recibir, le fue siempre deuido, y solo pudiera ser el litigio, supuestos los terminos, circunstancias, y requisitos, con que se pudiera proponer la accion entre doña Maria Sande, y doña *Mariana* de *Mesa*; porque don Francisco, nunca puede estar en obligacion de boluer, y restituir los reditos, y principal que ha cobrado, vt in terminis deciditur in decis. Patauina *Marc.* Anton. Peregr. 93. à n. 1. ibi: *Secundo quia in hac materia cum doctis promissor promitti, pro dote mulieris, vti sibi debitum, quod tamen indebitum est, multum interest inter uirum, & vxorem: nam maritus, ex promissione efficaciter agit aduersus promissorem, quamuis indebitam mulieri pecuniam promisserit, ne vxorem indotatam habere cogatur, quia in contratu, & in constitutione dotis causam onerosam agit, ideoque exceptio, aut indebiti conditio marito non nocet.*

101 Contra lo qual no obsta lo que en contrario se ha pretendido fundar en vna, y otra informacion, en la primera desde el n. 64. y en la segunda desde el n. 21.

Porque

102 Porque a lo que se dize desde el num.64. hasta el num.71. que se deue tener por comprehendida en la sentencia del Consejo, la restitucion del dicho principal, y reditos: porque no solo es executiua en lo que expressamente se dispone en ella, sino tambien en lo que virtualmente se comprehende, està plenamente respondido, y satisfecho en nuestra informacion principal, y en este discurso.

103 Y a lo que se dize en el dicho num.72. que para que se incluya aquello q̃ viene en necessaria consequencia, se deuen impropiar las palabras de la sentencia, como si se huuiera expressado: nam paria sunt esse expressum, vel necessario presuponi, y que aquello se dize consiguiente necessario, sin el qual no tendrà efecto la sentencia.

104 Se responde, que es totalmente contrario el presupuesto, a que se aplican las alegaciones deste numero de lo que en la sentencia, y executoria se determinò, y que doña Maria Sande quiere que se infiera della, porque si en las palabras que cõtiene: *Que en quanto a los ocho mil ducados, de que paga reditos por la obligacion, y fiança que hizo doña Ana de Mesa, absoluieron a la dicha doña Maria, para que en ningun tiempo tenga obligacion a pagar principal, ni reditos, ni el dicho mayorazgo*, se tuuiera por expressada la restitucion de lo que don Frãcisco de Eguiluz auia percebido, no fuera impropriar las palabras, sino querer que por ellas estuuiera juzgado lo contrario de lo que se determinò por la diferencia, y repugnancia que tiene absoluer a vna de las partes, para que no deua pagar, y condenar a la otra, para que deua restituir, cum ex separatis non bene fiat illatio, no teniendo encuentro, que doña *Maria* no deua pagar los reditos, ni el principal de la obligacion que hizo su madre, y no tener obligaciõ don Francisco de Eguiluz a boluer, y restituir lo que recibio, y le pagò doña *Maria* por la dicha promessa, vt supra satis, superque non friuolis fundamentis cautum fecimus.

105 Con que tambien se responde a lo que se dize en el num.78. de la primera informacion, y desde el num.31. con los siguientes de la segunda, quòd quando si iudex pronuntiat quem esse debitorem, censetur eum condemnare ad soluendum; y si declara que los bienes son hipotecados, intelligitur condemnare ad illorum restitutionem, & si dictum fuit Titium furtum commisisse, censetur condemnare ad pœnam statutam pro furto, cum cæteris exemplis, seu casibus adductis à Salgado vbi supra *tom.2.part.4.cap.9.ex num.93.*

106 Y con la diferencia que ay de aquellos casos al que ha de determinar el Consejo: porque en ellos viene por necessaria consequencia, y virtualmente lo que se expressò en la sentencia, y en este caso milita razon, ò contraria, ò diuersa: porque doña *Maria* Sande por disposicion de derecho, y por su misma obligacion, no puede repetir per condictionem indebiti lo que pagò, aunque se diera caso en que si no lo huuiera pagado pudiera ser absuelta de la paga, vt supra diximus.

107 Sin que obste lo que se dize en el num.44 de la *l. si pœnæ, §. quamuis debitum, ff. de condict. indebit.* del que hizo la paga, presumiendo erroneamente que era heredero, y pagò al acreedor hereditario lo que se le deuia, & tamen, resoluio el Consulto: quòd is quod dedit repetere potest, y el de la *l. si à patre*, del mismo titulo, dõde se decidio el mismo caso que compete la condicion al heredero putatiuo de lo que pagò indeuidamente, y ampliando la alegacion destas leyes, se dize en el nũ. 45. que su decision procede en caso mas apretado: porque en ellas lo que se pagò por el heredero putatiuo al acreedo, era deuidor, y solo estuuo el defecto en que quien hizo la paga no tenia titulo para hazerla, respecto de no ser heredero, y auer parecido que lo era otro, a quien tocaua la obligacion, y sin embargo se dio la repeti-

ticion al heredero putatiuo cōtra el acreedor que cobrò lo que realmente se le deuia, y en el num. 46. prosiguiendo este discurso, se dize que don Francisco de Eguiluz no era acreedor, como se calificò por la sentencia del Cōsejo, ni doña Maria, que lo pagò, lo pudo pagar por heredera de su madre, que no lo deuia, ni por su persona, no siendo heredera de bienes libres, por auerse declarado todos por de mayorazgo.

108 A que se responde. Lo primero, que se figura el hecho, y el caso de la obligacion con diferencia de lo que resulta de las escrituras, autos, y sentencia: porque doña Maria Sande no fue putatiua, sino verdadera heredera de su madre, con que no son aplicables los casos de las dichas leyes.

109 Lo segundo, que como està fundado, la paga que hizo en el discurso de los años que pagò reditos, y en la paga del principal no fue error, sino para extinguir su obligacion propia, confessandose verdadera deudora en el requirimiento q̃ hizo a don Francisco, para que recibiesse los dichos cinco mil ducados, que no era necessario otro fundamento: porque aunque en quanto a doña Ana de Mesa (que se obligò ciuil, y naturalmente) pudiera ponerse en controuersia, si podia sacar del mayorazgo la dicha cantidad, no la ay en quanto a deuer pagar doña Maria Sande, que sucedio en su herencia, y en vn mayorazgo tan opulento, sin obligacion de hazer empleos, ni de falcar nada de la renta del, ni de que quedassen vinculados los bienes que dexasse al tiempo de su muerte, y auiendo pagado nomine proprio, porque en el reconocimiento no hizo mas mencion que de su obligacion, por el priuilegio de ser causa dotal, no ay repeticion, ni le compete la condiction indebiti, ni la puede intentar contra don Francisco de Eguiluz, ex iuribus supra adductis, y si pagò como heredera de su madre por la misma consideracion, y auer entrado en su herencia, sin hazer inuentario, no ay accion que le pueda competir: porque la q̃ le dan las leyes al que paga con error, pensando que es heredero, es retener la parte de la herencia, que corresponde al debito que pagò, librando al que lo era verdadero, y entrò en la herencia de la obligacion, *l. de hæreditate*, C. *de petitio hæred.* de que es concordante, *l. 36. tit. 14. part. 5.* sin poderse boluer contra el acreedor que recibio, y cobrò lo q̃ se le deuia, vt decidicitur, ibi: *Si acaeciesse q̃ el ouiesse a tornar la heredad, viniẽdo otro heredero que la demandasse, que fallassen en verdad que auia mayor derecho de heredar lo que el deuiesse entregar de la heredad, ante que la desampare de los debdos que mostrare que pagò de lo suyo verdaderamente en nome del finado, è non à demanda ninguna contra aquellos que los pagò.*

110 Y aunque hablan estas leyes en fauor del acreedor que cobrò, y le pagò el que se tuuo por heredero, lleuando otro la herencia, para que no se pueda repetir, ni cobrar del; estos son terminos mas faciles: porque en los casos que alli se decidieron, auia heredero putatiuo que pagò, acreedor que cobrò, y heredero verdadero que lleuò la herencia, y en nuestro caso doña Maria Sande no fue sino heredera legitima, y verdadera de doña Ana de Mesa su madre, y sucessora en el dicho mayorazgo, y auiendose confundido las acciones, no ay parte de herencia que retener por lo que pagò, ni error en la paga, diziendo, que pensando que era heredera, no siendolo, la hizo, con que viene a ser ocioso todo lo que se dize en la informaciō segunda de doña *Maria* Sande, en la controuersia de lo que pagò con error el heredero, que pensò que lo era, para la repeticion que se pretende.

111 Ni obstarà dezir, que el error consistio en pensar que los bienes no eran vinculados, y que auiendo entregado los dichos juros, la repeticion ha de ser para que bueluan al mayorazgo.

Res-

112 Respondetur enim, que ni en la obligacion, ni en el requirimiento se hizo tal mencion, con que se pudiera manifestar el error, antes confessò el clara, y especificamẽte que estaua obligada, y que como tal ofrecia la paga, y tampoco obstarà auer pagado en juros, y no en dinero: porque los que entregò, y està cobrādo don Francisco de Eguiluz reditos dellos, no son de los que vinculò el Doctor Sãde.

113 Y aunque los huuiesse comparado despues de muerto doña Ana de Mesa durante la administracion de los bienes no consta que fuesse de la parte que tocaua a los del Doctor Sande, y siẽdo tan gruessa la hazienda: y auiendo reseruado para si cada vno de los fundadores el vsufructo, y compradolos en su nombre doña Ana de Mesa, no ay duda que los hizo suyos, y por la obligacion que hizo en fauor de don Francisco de Eguiluz, vino a quedar la cantidad de la promessa, menos en los bienes que dexò al tiempo de su muerte, que son los que auian de quedar vinculados: porque assi como no se le pudo quitar, ni impedir el vsar libremente de la renta de los bienes del dicho mayorazgo, mayormente de los que erã suyos propios, pudo doña Ana de Mesa hazer la dicha obligacion para el casamiento de su sobrina, para pagarla del vsufructo de los mismos bienes, con que vino a quedar fuera de la propiedad dellos esta cantidad, y no quedò al tiempo de la muerte, ex Oldrald. *cons. 245. nu. 2. vers. Secunda ratio.*

114 Y aunque se huuiessen de considerar como vinculados los dichos juros, doña Maria que pagò con ellos, no puede pedir que se bueluan al mayorazgo, que es acion que competerà al sucessor, y no a ella, que le està posseyendo; nam actio, & passio non possunt concurrere in eodem subiecto, *l. Prætor, ff. de tutor. & curat. dat. ab his, l. fin. ff. de offic. prætor.* y si pagò con bienes del mayorazgo, estarà con obligaciõ à reintegrarle, ò en los mismos juros, pagando, y satisfaciendo a don Francisco de Eguiluz, y a doña *Mariana* de Mesa, ò en otros de la misma calidad, y dar el precio y valor que tenian al tiempo del entrego, per text. in *in l. si alieni nummi, ff. de solut.* vbi qui soluit de pecunia, vel de re aliena, tenetur ad satisfaciendum domino, cui competit actio contra soluentem.

115 De todo lo qual resulta que en quanto a las partidas que pretende doña Maria que se han de sacar del mayorazgo, ay cosa juzgada, y assimismo en quanto a los ocho mil ducados de la dote, y en ella quando se tuuiera por nueuo aditamẽto el absoluer a doña Maria Sande de la paga de los reditos, y principal, estando ya pagado, no pudo obrar efecto alguno la sentencia, y quando huuiera sobre que pudiera caer, no estando extincto el debito, se auia de emendar en fauor de don Francisco de Eguiluz, sin que pueda auer lugar la repeticion que se pretende ya; porque no se ha deducido en ninguna instancia, ni hecho pedimiento doña Maria Sande, ya por la notoria justicia que tiene Don Francisco de Eguiluz para no boluer, y restituir lo que tan justamente recibiò por la causa onerosa del matrimonio que contraxo con doña Mariana de Mesa, de que han procedido tantos hijos, a quien tãbien se les adquiriò derecho por la dicha promessa, que se tiene por parte del contracto del matrimonio, y es irreuocable, como lo es el mismo contrato, vt plenè per Pont. *cons. 25. vol.* 1. Franchis *decis.* 205.

Ex quibus omnibus ad fauorem harum partium, pronuntiandum esse non dubutamus. Salua in omnibus, &c.

El Lic. D. Diego Martinez
de Alamos.

112 Y que [illegible]
zo [illegible]
preci[illegible] que con [illegible] la paga [illegible]
ra [illegible] tiempo [illegible]
dos [illegible] la [illegible]

113 Y aun no los huuiesse comparado [illegible] desde la
[illegible] de la administracion de los bienes [illegible] que [illegible]
al del Doctor [illegible]
cada uno de los fundadores el vinculo, [illegible]
de [illegible] que los bienes [illegible]
don Francisco de Eguiluz, [illegible]
bien [illegible] el tiempo de su muerte, [illegible] los que [illegible]
des [illegible] como [illegible]
ta de los bienes [illegible]
gado [illegible]
ma [illegible] paga [illegible] vinculo de los mismos bienes, [illegible]
la [illegible]
conf. 245. num. 2. & conf. secunda ratio.

114 Y aun que se huuiesse [illegible]
doña Maria que pagó con ellos, [illegible]
escricion [illegible]
repulsio non [illegible]
cabit [illegible]
a [illegible] de los mismos [illegible] pagando, y [illegible] Francisco de
Eguiluz, y a doña Mariana de Meliz, [illegible] de la misma [illegible]
y [illegible]
vbi [illegible] de pecuniis, [illegible]
competit actio contra soluentem.

115 De todo lo qual resulta, que en quanto a las partidas que pretende doña
Maria que se ha de sacar del mayorazgo, y [illegible]
a los ocho mil ducados de la dote, [illegible]
to el absoluer a doña Maria Saenz de la paga de los [illegible]
pagado, no pudo obrar efecto alguno [illegible]
diera caer, no [illegible]
cisco de Eguiluz, sin que pueda auer lugar la repeticion que se pretende, porque
no le ha deducido en ninguna instancia, ni hecho pedimento doña Maria [illegible]
va por la notoria insuficiencia que tiene Don Francisco de Eguiluz para no [illegible]
stituir lo que tan justamente recibio por la carta [illegible] del matrimonio que con-
traxo con doña Mariana de Meliz, de que han procedido tantos hijos, a quien tam-
bien se les adquirió derecho por la dicha promessa que se tiene por parte del con-
tracto del matrimonio, y es irreuocable como lo es el mismo contrato, [illegible]
per [illegible] conf. 25. vol. 1. Francisc. [illegible]

Ex quibus omnibus ad fauorem nostri partium [illegible] non du-
bitamus. Salua [illegible], &c.

El Lic. D. [illegible] Martinez
de [illegible].